# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

III ZR 62/08

Verkündet am:
17. Dezember 2009
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2009 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Dr. Herrmann, Hucke und Tombrink

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. Januar 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die im Berufungsurteil (S. 8 f) wiedergegebenen Klageanträge zu I und II betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

## Tatbestand

1 Der Kläger erwarb durch auf Abschluss einer "Beitrittsvereinbarung" gerichtete Erklärung vom 5. Juli 2000 eine Beteiligung an der C. Gesellschaft für internationale Filmproduktion mbH & Co. Dritte Medienbeteiligungs KG (im Folgenden: Fonds III) in Höhe von 50.000 DM zuzüglich 5 % Agio. Der Beitritt sollte - dem von der Komplementärin der Beteiligungsgesellschaft herausgegebenen Prospekt entsprechend - über die Beklagte, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, als Treuhandkommanditistin nach einem im Pros-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



pekt Teil B abgedruckten Vertragsmuster "Treuhandvertrag und Mittelverwendungskontrolle" vorgenommen werden. Die Beklagte, die im Prospekt in der Rubrik "Partner" als Gründungsgesellschafter bezeichnet wird, hatte ihre Stellung als Kommanditistin durch Abtretung des Geschäftsanteils des Gründungsgesellschafters K. erworben, der seinerseits Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin ist. Zur Begrenzung des wirtschaftlichen Risikos aus der Filmvermarktung war im Emissionsprospekt vorgesehen, dass für einen Anteil von 80 % der Produktionskosten Sicherheiten bestehen sollten, etwa in Form von Ausfallversicherungen. Nachdem Produktionen nicht den erwünschten wirtschaftlichen Erfolg hatten, erwies sich der Versicherer, die N. Inc., nach Eintreten der Versicherungsfälle als zahlungsunfähig. Insgesamt erhielt der Kläger aus der Beteiligung Ausschüttungen von 26,3 %, das sind 6.723,49 €.

2 Erstinstanzlich hat der Kläger die Beklagten und zwei weitere Beklagte, die ein Prospektprüfungsgutachten erstellt bzw. ihm die Beteiligung vermittelt hatten, Zug um Zug gegen Abtretung aller Ansprüche aus der Beteiligung auf Rückzahlung des eingezahlten Betrags von - unter Berücksichtigung der genannten Ausschüttung - noch 20.119,34 € nebst Zinsen in Anspruch genommen (Antrag zu I). Darüber hinaus hat er die Feststellung begehrt, dass die Beklagten ihm den Steuerschaden zu ersetzen hätten, der ihm durch eine etwaige nachträgliche Aberkennung von Verlustzuweisungen entstehe (Antrag zu II), und dass sie ihn von Ansprüchen freistellen müssten, die die Beteiligungsgesellschaft, deren Gläubiger oder Dritte gegen ihn wegen seiner Stellung als Kommanditisten richten könnten (Antrag zu III). Er hat - soweit jetzt noch von Interesse - unter anderem einen Prospektmangel und eine Aufklärungspflichtverletzung darin gesehen, dass er nicht über Provisionszahlungen in Höhe von 20 % für die Eigenkapitalvermittlung an die I. - und T. -Beratungs-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gesellschaft mbH (im Folgenden: IT GmbH) unterrichtet worden sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger nur noch die Treuhandkommanditistin in Anspruch genommen und sich - neben anderem - darauf gestützt, aus der für die Produktionskosten vorgesehenen Summe seien prospektwidrig die Prämien für die Erlösausfallversicherung gezahlt worden. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat beschränkt auf die Anträge zu I und II zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren gegen die Beklagte weiter.

## Entscheidungsgründe

3 Die Revision führt im Umfang der Zulassung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

### I.

4 Das Berufungsgericht hält den Prospekt im Hinblick auf die an die IT GmbH geleisteten Zahlungen nicht für fehlerhaft. Der Kläger habe nicht ausreichend dargelegt und nachgewiesen, dass diese Zahlungen allein für die Eigenkapitalbeschaffung und nicht daneben auch für die im Investitionsplan vorgesehenen Mittel der Werbung entrichtet worden seien. Die Komplementärin sei nicht verpflichtet gewesen, die Werbemaßnahmen selbst zu erbringen; es sei nicht prospektwidrig, hierfür erfolgsabhängig 8 % Provision zu bezahlen. Dass der Kläger in den von der Beklagten genannten Werbetätigkeiten typische Vertriebsaktivitäten sehe, sei keine schlüssige Darlegung für prospektwidrige Pro-

visionszahlungen. Es sei nicht einmal ausreichend dargelegt, dass der für die Eigenkapitalvermittlung insgesamt vorgesehene Betrag von 7 % des Zeichnungskapitals zuzüglich des Agios von 5 % durch die Provisionszahlungen an die IT GmbH überschritten worden sei. Selbst wenn man unterstelle, die an die IT GmbH geflossenen Beträge hätten nur Provisionszwecken gedient, könne sich der Kläger nicht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu "verdeckten Innenprovisionen" und "verschleiernden Werbekostenzuschüssen" berufen. Es werde nicht dargelegt, dass die für die Filmproduktionen vorgesehenen Mittel hierdurch angetastet worden seien. Dass die Komplementärin auf andere prospektierte Weichkosten habe verzichten können und Vertriebskosten als andere Weichkosten getarnt habe, sei eine bloße Vermutung, die sich auf eine Anlage mit zweifelhaftem Beweiswert stütze. Im Einzelnen führt der entscheidende Senat des Berufungsgerichts für die Zurückweisung der Berufung dieselben Gründe wie in dem dem Senatsurteil vom 12. Februar 2009 (III ZR 90/08 - NJW-RR 2009, 613 Rn. 4) zugrunde liegenden Urteil an.

II.

5 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

6 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft einen Treuhandkommanditisten, der in ein Kapitalanlageprojekt der hier in Rede stehenden Art eingebunden ist, die Pflicht, die künftigen Treugeber über alle wesentlichen Punkte aufzuklären, die für die zu übernehmende mittelbare Beteiligung von Bedeutung sind (vgl. BGHZ 84, 141, 144 f; Senatsurteile vom 13. Juli 2006 - III ZR 361/04 - NJW-RR 2007, 406, 407 Rn. 9; vom 22. März 2007 - III ZR 98/06 - NJW-RR 2007, 1041, 1043 Rn. 15; vom 29. Mai 2008 - III ZR 59/07 -

NJW-RR 2008, 1129, 1130 Rn. 8; vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 614 Rn. 8), insbesondere diese über regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren. Einer entsprechenden Pflicht war die Beklagte nicht bereits deshalb enthoben, weil sie mit den Anlegern nicht in einen persönlichen Kontakt trat und ihre Aufgabe als die einer bloßen Abwicklungs- und Beteiligungstreuhänderin verstand. Denn der Beitritt vollzog sich durch Abschluss eines Treuhandvertrags zwischen der Beklagten und dem Treugeber und der Annahme des Beteiligungsangebots durch die Komplementärin (§ 3 Abs. 4, § 4 Abs. 1 Satz 4 des Gesellschaftsvertrags, Präambel des Treuhandvertrags), war also ohne Mitwirkung der Beklagten nicht möglich.

7 2. Das angefochtene Urteil kann nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht zu Unrecht annimmt, die behaupteten Zahlungen von Vertriebsprovisionen in Höhe von 20 % an die IT GmbH könnten eine Haftung der Beklagten nicht begründen.

8 a) Wie der Senat - nach Erlass des hier angefochtenen Urteils - für den Fonds III (Urteile vom 29. Mai 2008 aaO S. 1131 ff Rn. 17-26; vom 6. November 2008 - III ZR 231/07 - NJW-RR 2009, 329 ff Rn. 5-14; vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 614 ff Rn. 9-26) und den Fonds II (Teilurteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 119/08 - juris und BeckRS 2009, 7718 Rn. 8-25) entschieden hat, war die Beklagte nach den in den damaligen Verfahren revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalten verpflichtet, den Anleger darüber zu informieren, dass die mit dem Vertrieb der Beteiligung befasste IT GmbH hierfür eine Provision von 20 % beanspruchte und erhalten sollte. Er hat dies wie folgt begründet: Der Gesellschaftsvertrag enthalte für die vorgesehene Mittelverwendung einen Investitionsplan, nach dem in die Beschaffung des Eigenkapitals 7 % des Beteiligungskapitals fließen solle. Darüber hinaus ergebe sich

aus den Verträgen zur Durchführung der Investition, dass die Komplementärin, die sich zur Vermittlung des Zeichnungskapitals verpflichtet hatte, zusätzlich das Agio von 5 % erhalten sollte (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1131 Rn. 18; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 614 Rn. 11). Demgegenüber habe der Anleger vorgetragen und in verschiedener Weise belegt, dass an die IT GmbH für die Vermittlung des Eigenkapitals 20 % geflossen seien (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO Rn. 19; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 615 f Rn 16-18). Die Komplementärin sei an die Beachtung des Investitionsplans gebunden und nicht berechtigt gewesen, über die ihr zufließenden Mittel nach ihrem Belieben zu verfügen (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 Rn. 24; Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 614 f Rn 12). Vor diesem Hintergrund könne nicht unbeantwortet bleiben, wie die Tätigkeitsbereiche der Eigenkapitalvermittlung und der Werbung im Hinblick auf die hierfür zu beanspruchende Vergütung voneinander abzugrenzen seien (Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 615 Rn. 13 f).

9 b) Von diesen Grundsätzen, die der Senat in seinen Urteilen vom 12. Februar 2009 noch einmal ausführlich dargestellt und in denen sich der Senat auch mit allen übrigen Einwänden des Berufungsgerichts auseinandergesetzt hat, ist revisionsrechtlich auch in diesem Verfahren auszugehen. Denn der Kläger hat auch in diesem Rechtsstreit behauptet, die IT GmbH habe vom Fonds I an durchgängig für die Vermittlung von Eigenkapital eine Provision von 20 % erhalten, was der Beklagten bekannt gewesen sei. Er hat sich insoweit auf ein Schreiben des Geschäftsführers K. der Komplementärin vom 19. Januar 1998 an den Gesellschafter der Komplementärin und der IT GmbH O. und auf dessen Angaben bei der Steuerfahndungsstelle des Finanzamts München I vom 4. Juli 2002 bezogen. Soweit es die Beklagte selbst betrifft, hat er auf eine handschriftliche Unterlage zum Fonds I hingewiesen, die nach dem unter Be-

weis gestellten Vorbringen des Klägers von einem früheren Mitarbeiter der Beklagten herrühren und belegen soll, in welcher Weise die Zahlung einer Provision von 20 % ermöglicht werden könne. Ferner hat er sich auf Mittelfreigabeabrechnungen der Beklagten vom 9. März 1999 zum Fonds II und vom 14. Dezember 1999 zum Fonds III bezogen, in denen für die IT GmbH Provisionen in einer Höhe von 20 % berechnet werden. Der Kläger hat damit im Kern beanstandet, dass Provisionszahlungen für die Eigenkapitalvermittlung in einer vom Investitionsplan des Gesellschaftsvertrags nicht gedeckten Höhe gezahlt worden sind, und auf Umstände hingewiesen, in denen der Senat die hinreichende Darlegung eines Prospektfehlers oder einer der Beklagten bekannten Abweichung vom Prospektinhalt gesehen hat. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit im Einzelnen auf das Urteil vom 12. Februar 2009 (III ZR 90/08 aaO S. 615 f Rn. 16-20) Bezug genommen. In dieser Entscheidung hat der Senat zum Thema Provisionen näher ausgeführt, dass der Anleger auch im Bereich der "weichen Kosten" eine zutreffende und hinreichend klare Darstellung erwarten darf (aaO S. 616 f. Rn. 23 f). Gemessen an diesem Vorbringen des Klägers durfte das Berufungsgericht die Klage nicht als unschlüssig ansehen, sondern musste sich mit den ihm vorgelegten Urkunden und Beweisantritten näher befassen. Da die Zahlung von Provisionen in Höhe von 20 % an die IT GmbH als solche unstreitig gewesen ist, war im Wesentlichen die Frage zu klären, welche Folgerungen sich hieraus für die Pflichtenstellung der Beklagten ergeben.

10 c) Die Beklagte hat der Annahme einer möglichen Pflichtverletzung entgegengehalten, die Komplementärin, die Inhaberin eines eigenen gewerblichen Unternehmens sei, das Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betreibe, habe - nicht als Gesellschafterin, sondern als Dritte - mit der jeweiligen Beteiligungsgesellschaft Leistungsverträge geschlossen, die mit ihrem wesentlichen Inhalt

und der versprochenen Vergütung im Emissionsprospekt bekannt gemacht worden seien. Es unterliege nicht dem geringsten rechtlichen Zweifel, dass die Komplementärin als Dritte im Rahmen der Leistungsverträge in anderer Funktion und mit anderen Rechten und Pflichten handele als in ihrer Funktion als Geschäftsführerin der Beteiligungsgesellschaft und dass die Leistungsverträge uneingeschränkt wirksam und verbindlich seien. Für die Auffassung des Senats (Urteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 Rn. 24; vgl. hierzu auch Urteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 614 f Rn. 11 f; Teilurteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 119/08 aaO Rn. 10 f), die Komplementärin sei bei der Verwendung ihrer aufgrund der Leistungsverträge erworbenen Mittel an den in § 6 des Gesellschaftsvertrags enthaltenen Investitionsplan gebunden, gebe es keine rechtliche Begründung. Für das Handeln der Komplementärin als Dritte, wozu der Abschluss und die Ausführung der genannten Leistungsverträge zählten, gelte nur das Recht ihrer eigenen Satzung und nicht der Gesellschaftsvertrag der Beteiligungsgesellschaft.

11 Diese Überlegungen rechtfertigen eine andere Beurteilung nicht, wie der Senat bereits in seinen Urteilen vom 23. Juli 2009 (III ZR 306/07 - juris und BeckRS 2009, 22376 Rn. 14 f; III ZR 323/07 - juris und BeckRS 2009, 22724 Rn. 14 f; III ZR 2/08 - juris und BeckRS 2009, 22723 Rn. 10 f) und 8. Oktober 2009 (III ZR 207/07 - juris und BeckRS 2009, 86779 Rn. 11 ff; III ZR 259/07 - juris und BeckRS 2009, 86780 Rn. 13 ff; III ZR 241/08 - juris und BeckRS 2009, 86437 Rn. 11 ff) näher begründet hat. Dem Senat ist in den bisherigen Entscheidungen durchaus bewusst gewesen, dass die Komplementärin nach den Angaben des Emissionsprospekts verschiedene Leistungsverträge mit der Beteiligungsgesellschaft abgeschlossen hat, auf die der Senat im Einzelnen eingegangen ist. Die Wirksamkeit und Verbindlichkeit dieser Verträge, die die Komplementärin als Geschäftsführerin der Beteiligungsgesellschaft - nach dem

Gesellschaftsvertrag von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit - mit sich abgeschlossen hat, ist nicht Gegenstand des anhängigen Verfahrens. Sie ist auch für die Frage, ob der Beklagten eine Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen ist, nicht vorgreiflich.

12 Nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen geht es vielmehr um den von den Anlegern erhobenen Vorwurf, die Initiatoren hätten die wahre Provisionshöhe für die Einwerbung des Beteiligungskapitals in den maßgeblichen Prospektangaben verschleiert, um die Beteiligung an den Mann bringen zu können. Unterstellt man dies als richtig, wird ein entsprechendes Verhalten der Initiatoren und Gründungsgesellschafter nicht dadurch pflichtgemäß, dass die an dieser Abrede beteiligte Komplementärin als Dritte mit der Beteiligungsgesellschaft Leistungsverträge abschließt, die diese Verschleierung absichern sollen. Sollte sich dieser Vortrag und die Kenntnis der Beklagten von diesen Vorgängen im weiteren Verfahren als richtig herausstellen, liegt in der Annahme einer Pflichtverletzung der Beklagten nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo keine Rechtsfortbildung, mit der sie - als mit Treuhandaufgaben betraute Wirtschaftsprüfungsgesellschaft - nicht hätte rechnen müssen.

13 3. Der weitergehende Einwand des Klägers, der Prospekt offenbare nicht hinreichend, dass die Kosten für die Erlösausfallversicherungen nicht in den weichen Kosten enthalten seien, sondern dem Produktionskostenanteil entnommen werden müssten, ist nicht begründet. Wie der Senat näher ausgeführt hat, ließ der Inhalt des Prospekts einen aufmerksamen Anleger nicht im Unklaren darüber, dass die Versicherungsprämien für die Erlösausfallversicherungen nicht Bestandteil der im Prospekt im Einzelnen beschriebenen Startkosten waren, sondern von dem Teil der Anlagegelder bestritten werden mussten, die für die Produktionskosten und den Erwerb von Filmrechten vorgesehen waren. In-

soweit nimmt der Senat zur näheren Begründung auf das denselben Fonds betreffende Urteil vom 12. Februar 2009 (III ZR 90/08 aaO S. 617 f Rn. 29-31) Bezug.

14 4. Das angefochtene Urteil kann auch insoweit nicht bestehen bleiben, als das Berufungsgericht den Feststellungsantrag des Klägers auf Ersatz von Steuerschäden aufgrund einer nachträglichen Aberkennung von Verlustzuweisungen abgewiesen hat.

15 Wie der Kläger in der mündlichen Revisionsverhandlung näher ausgeführt hat, verfolgt er mit diesem Antrag nicht, die Beklagte wegen eines eigenständigen Fehlers auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen, etwa auch in dem Fall, dass sein mit einer "Rückgabe" der Beteiligung verbundener Zahlungsantrag unbegründet wäre. Vielmehr will er, wenn sein Zahlungsantrag Erfolg hat und es zu einer entsprechenden Schadensersatzleistung der Beklagten sowie zu einer Übertragung der Rechte aus der Beteiligung kommt, mit diesem Antrag sicherstellen, dass er über die notwendige Versteuerung der Ersatzleistung hinaus nicht auch noch die Verlustzuweisung verliert.

16 Da das Ziel dieses Antrags damit unmittelbar die Frage betrifft, wie weit - ausschließlich auf der Rechtsfolgenseite - die aus einer Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten folgende Schadensersatzverpflichtung reicht, ist das Feststellungsinteresse des Klägers nicht zu verneinen. Das Berufungsgericht wird daher, soweit sich der Zahlungsantrag als begründet erweist, in der Sache näher prüfen müssen, welche steuerlichen Folgen sich aus diesem Sachverhalt ergeben und ob sie hinreichenden Anlass bieten, sie im Sinne des gestellten Feststellungsantrags schadensersatzrechtlich zu berücksichtigen. Die Parteien

haben im weiteren Verfahren Gelegenheit, sich zu diesen Fragen näher zu äußern.

III.

17 Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die notwendigen Feststellungen nachgeholt werden können.

18 Im Hinblick auf die Erörterungen in der mündlichen Revisionsverhandlung über die Tragweite der Senatsurteile vom 29. Mai 2008 und vom 12. Februar 2009 für die Darlegungs- und Beweislast gibt der Senat für das weitere Verfahren noch folgende Hinweise.

19 Ob die Beklagte als Treuhandkommanditistin ihre Pflicht verletzt hat, den Kläger als künftigen Treugeber bei Annahme des Vertragsangebots über ihr bekannte regelwidrige Auffälligkeiten zu informieren, die sich so nicht aus der Lektüre des Emissionsprospekts ergeben, steht nach allgemeinen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast des Klägers. Dabei setzt eine Pflicht der Beklagten allerdings nicht erst dann ein, wenn aus ihrer Sicht feststeht, dass an die IT GmbH für die Vermittlung des Eigenkapitals Provisionen von 20 % fließen sollen. Ihre Haftung setzt auch nicht voraus, dass sie an der vom Kläger behaupteten Verschleierung von Weichkosten in kollusiver Weise mit den Initiatoren zusammengewirkt hat. Eine Pflicht der Beklagten, im Interesse der Treugeber tätig zu werden, konnte vielmehr bereits dann einsetzen, als sie - spätestens im Rahmen ihrer nach dem Treuhandvertrag wahrzunehmenden Aufgaben - auf den Umstand stieß, dass an ein drittes Unternehmen Provisionen von 20 % gezahlt werden sollten. Wie der Senat bereits ausgeführt hat, enthielt der

Treuhandvertrag keine Regelung, die eine Berechnung von Vergütungsanteilen dritter Unternehmen im Rahmen der geschuldeten Freigabekontrolle vorsah (vgl. Senatsurteil vom 29. Mai 2008 aaO S. 1132 Rn. 23). Weder der Gesellschaftsvertrag noch der Treuhandvertrag gaben einen Hinweis darauf, dass Provisionen in einer Größenordnung von 20 % zu zahlen waren (vgl. Senatsurteil vom 12. Februar 2009 - III ZR 90/08 aaO S. 616 f Rn. 20, 26). Die vom Kläger vorgelegten Unterlagen über die Mittelfreigabeabrechnungen für den Fonds II vom 9. März 1999 und für den Fonds III vom 14. Dezember 1999, die seinem Beitritt vorausgingen, sprechen dafür, dass der Beklagten von ihr selbst berechnete Provisionszahlungen von 20 % an die IT GmbH bekannt waren (vgl. auch Senatsurteil vom 8. Oktober 2009 - III ZR 207/07 aaO Rn. 17). Unter diesen Umständen konnte die Beklagte zumindest zu einer Klärung der Hintergründe verpflichtet sein, was es mit diesen Provisionszahlungen auf sich hatte, um ihr weiteres Verhalten gegenüber den Anlegern hierauf einzurichten. Dabei ist es im Rahmen der sekundären Darlegungslast Sache der Beklagten, sich dazu zu erklären, in welcher Weise sie sich um eine Klärung bemüht hat. Sollte sie auf eine Klärung zum maßgeblichen Zeitpunkt verzichtet haben, könnte sie mindestens der Vorwurf treffen, dass sie den Kläger nicht darüber unterrichtet hat, dass Provisionen in einer Größenordnung gezahlt werden, die sich so weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus dem Treuhandvertrag ergaben. Das Berufungsgericht wird daher im weiteren Verfahren zu prüfen haben, ob auf der Grundlage der vom Kläger vorgelegten Urkunden oder zu erhebenden Beweise eine objektive Pflichtverletzung der Beklagten festzustellen ist, sei es, dass sie es an einer Klärung und Information hierüber hat fehlen lassen, sei es - wenn die vom Kläger angebotenen Beweise ein weitergehendes Beweisergebnis rechtfertigen -, dass sie diesem nicht offen gelegt hat, dass Vertriebsprovisionen von 20 % an eine Vertriebsgesellschaft gezahlt werden.

20 Kommt das Berufungsgericht zu einer Pflichtverletzung der Beklagten, ist zu prüfen, wie sich der Kläger bei pflichtgemäßem Vorgehen der Beklagten verhalten hätte. In diesem Rahmen kommt dem Kläger eine gewisse Kausalitätsvermutung zugute (vgl. Senatsurteile vom 12. Februar 2009 aaO S. 617 Rn. 27; vom 23. Juli 2009 - III ZR 306/07 aaO Rn. 17).

21 Soll einer Schadensersatzpflicht, die aus einer mangelnden Klärung der Umstände und Hintergründe der Provisionszahlungen von 20 % herzuleiten wäre, entgegengehalten werden, bei einer entsprechenden Klärung hätte sich ergeben, dass 8 % für gesonderte Werbemaßnahmen der IT GmbH zu vergüten gewesen seien, steht dies - gewissermaßen unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens (vgl. hierzu Senatsurteil vom 5. März 2009 - III ZR 17/08 - WM 2009, 739, 740 Rn. 14) - zur Darlegungs- und Beweislast der Beklagten. Dabei dürfen an eine entsprechende Substanziierung des Vortrags keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, soweit es sich um Umstände handelt, die außerhalb der eigentlichen Geschäftstätigkeit der Beklagten liegen, und soweit sie sich nicht auf ihr vorliegende oder ihr zugängliche Unterlagen beziehen kann. Soweit dem Senatsurteil vom 12. Februar 2009 (III ZR 90/08 aaO S. 617 Rn. 28) zu entnehmen sein könnte, die Beklagte müsse sich die hierfür notwendigen Informationen im Wege eines Auskunftsan-

spruchs von der Komplementärin oder der IT GmbH verschaffen, hält der Senat daran nicht fest.

Schlick Dörr Herrmann

Hucke Tombrink

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 29.06.2007 - 32 O 18240/05 -
OLG München, Entscheidung vom 29.01.2008 - 18 U 4131/07 -